

---

---

論 説

---

---

## ドイツ糺問訴訟成立小史

上 口 裕

はじめに

I 中世ゲルマン法における刑事訴訟

- 1 ゲルマン法における犯罪と刑罰
- 2 弾劾訴訟
- 3 雪冤宣誓・決闘・神判
- 4 現行犯手続
- 5 決闘・神判の禁止

II 過渡的訴訟形式

- 1 ラント平和令
- 2 7名断罪手続
- 3 風評手続
- 4 拷問手続
- 5 拷問と糺問訴訟

III カール5世刑事裁判令（カロリーナ）

- 1 カロリーナの成立
- 2 裁判所構成と一件記録送付制度
- 3 訴訟手続
- 4 証拠法
- 5 法定証拠主義

む す び

はじめに

本稿は、ゲルマン法における古代型弾劾訴訟からカール5世刑事裁判令（カロリーナ）に至るドイツ糺問訴訟成立史を素描するものである。ドイツ糺

問訴訟関係資料を刊行準備中の筆者の覚書である。ドイツ糾問訴訟成立に関するシュミット説以来の通説に疑問を呈する近時のクラインハイアー及びトルーゼン説に言及し、また法定証拠主義成立の意義について若干の問題提起を行った。我が国の刑事訴訟法に大きな影響を与えたドイツ刑事訴訟法の歴史的背景を知る一助となれば幸いである。

## I 中世ゲルマン法における刑事訴訟

### 1 ゲルマン法における犯罪と刑罰

中世ゲルマン法において、犯罪は、加害者が被害者及びそのジッペ (Sippe) すなわち氏族に贖罪金を支払うことで償われうる非行と観念され (贖罪金制度)、殺人、傷害、放火、窃盗等の重罪を含め、犯罪は、共同体ないし社会に対する侵害行為とはみなされなかった。犯罪は、贖罪金の支払い又はジッペ間の自力救済としてのフェーデ (Fehde) によって解決されるべきものであった。犯罪をめぐる紛争が訴訟によって解決される場合も、犯罪の訴追は、贖罪金の支払いを求める被害者たる私人に委ねられた<sup>1)</sup>。訴訟は、被害者たる原告が、加害者たる被告人を裁判所に召喚することから始まり、原告と被告人が、民事訴訟におけるような対等な当事者となり、裁判所 (共同体構成員全員又はその代表者によって構成される) は審判者の地位にたつという構造をもつ公開裁判であった。被告人が出頭しない場合は、アハト (Acht) に処せられた。被告人は、アハトによって、共同体の一員としての法的保護を失った状態、すなわち法外放置の状態に置かれた<sup>2)</sup>。

このような訴訟形式は、弾劾訴訟と呼ばれる。弾劾訴訟は、犯罪による被害の回復は被害者が自ら行うべきものとされ、犯罪の訴追がまだ公共の関心事とはなっていなかった中世ゲルマン社会に適合する訴訟形式である。これは、犯罪の公的訴追の前提条件となるべき、「いわゆる『物理的強制権力の

『正当な独占者』としての国家も国家権力も共に存在しなかった」、そして、「かかる権力[が]完全な自衛権と武装権を有するすべての人々によって分有されていた」中世世界の政治的状況に相応するものであった<sup>3)</sup>。

## 2 弾劾訴訟

ゲルマン法における弾劾訴訟では、原告は宣誓補助者とともに訴えを確証することを求められ<sup>4)</sup>、有罪・無罪を証明する方法として、雪冤宣誓・決闘・神判が用いられた。ローマ法及び近世ヨーロッパ以降の法制においては、原告が被告人の有罪を立証しなければ被告人は無罪とされるのが原則である。しかし、ゲルマン法においては、被告人は、① 自白した場合はむろんのこと、② 雪冤宣誓を行わないか、雪冤宣誓に失敗する場合、③ 神判の試練に耐えることができない場合、あるいは、④ 決闘に敗れる場合には、有罪とされた。また、これらの証明方法は、過去の事実の存否・内容を証明するのではなく、端的に被告人の有罪・無罪を決定するために用いられる方法であり、被告人による犯行の有無という証明されるべき事実と論理的な関連性を欠く点で、形式的で非合理的なものであった。

他方、後述する現行犯手続の場合のように、被告人の犯人性を強く推認させる証拠が存在する場合は、被告人の雪冤宣誓は行われなかった。被告人の犯行を強く推認させる実質的・合理的な証拠が存在するという事情<sup>5)</sup>が、雪冤宣誓・神判・決闘という形式的証明手続を排除し、原告が宣誓補助者とともに断罪宣誓を行う例外的手続を認める背景の一つとなっているのである。このような意味において、ゲルマン証拠法にとって実体的真実という観念は全く未知のものではなく、また、形式的証拠方法が排他的な地位を占めていたというわけでもない。雪冤宣誓・決闘・神判を用いる形式的な証拠法が行われたのは、① ゲルマン社会が、ジッペに所属しジッペによって保護される自由で対等な戦士の集団から構成されていたこと、② 実体的真実を解明することに利益を見だし、かつ、実体的真実の解明のために共同体構成員

に強制力を行使しうる公的な権力装置が未成熟であったこと、③ 使用しうる証明方法に制約があったこと、④ 神判等を受容する宗教的・精神的背景が存在したことなど、ゲルマン社会の構造を反映した結果であったと考えられる。

### 3 雪冤宣誓・決闘・神判

雪冤宣誓は、被告人が原告の主張する犯罪を行っていないことを宣誓するものであり<sup>6)</sup>、これを行うことで被告人は有罪判決を免れることが可能であった。被告人の単独宣誓は稀であり、宣誓補助者が、被告人の宣誓の潔白を宣誓することが必要であった。宣誓補助者は、当該犯罪について知れるところを供述するのではなく、被告人の宣誓が「潔白で汚れないこと」を宣誓した。宣誓補助者は、事実の有無を供述する知識証人（Wissenszeuge）ではなく、被告人の善性格を保障する性格証人である。補助者は数十名必要な場合もあるが、通例7名である。雪冤宣誓という制度の背後には、「自由人としての地位に対する敬意」の観念があったと考えられる<sup>7)</sup>。誰にでも雪冤宣誓の権利があったわけではなく、決闘人、遊芸人、非嫡出子、強盗・窃盗で断罪されたことがある者、生命刑・身体刑を贖罪金によって請け戻した者などは、権利喪失者として、雪冤宣誓の機会を認められなかった<sup>8)</sup>。したがって、宣誓資格のない者には、身体に対する危険と苦痛を伴う神判や決闘によって雪冤する可能性のみが残された<sup>9)</sup>。

しかし、被告人の雪冤権が否定される場合があった。① 平和侵害とみなされ、死刑・断手刑を科される殺人、強盗、放火、強姦等の場合には、原告は、決闘の申出（Kampfgruß）によって被告人の雪冤宣誓の可能性を奪い、あるいは被告人の行った雪冤宣誓が偽誓であることを決闘によって証明することを申し出ることが可能であった<sup>10)</sup>。② 現行犯手続において、宣誓補助者の数が不足する場合も、原告は決闘を申し出ることが可能であった<sup>11)</sup>。③ 通常の訴訟において犯行の痕跡（傷害の傷跡、盗品）が存在する場合にも、

原告の申立てによる決闘が許された<sup>12)</sup>。

決闘は、当事者又は証人の宣誓を争うために用いられる「証拠の証拠」として、究極的な証明方法でもあった<sup>13)</sup>。決闘に不慣れな都市住民にとって、被告人の雪冤宣誓を排除するためには決闘を申し出るとは大きな負担であり、これは都市住民が原告となって被告人を断罪する手段が著しく制限されることを意味した。後述するように、都市は、決闘や神判を廃する特許状や、新たな断罪手続を行う特許状を得ることによって、実力を基礎に置く証拠法からの解放を企図することになる<sup>14)</sup>。

#### 4 現行犯手続

現行犯の場合、不法を行ったという事実それ自体によって犯人は平和喪失となり、被害者は適法に犯人を殺害し、あるいは身柄拘束することが可能であった<sup>15)</sup>。現行犯逮捕は、「人間の不可侵性 (Mannheiligkeit) と結びついたゲルマン人の生活感情から見て、本来であれば耐えがたく、かつありえない処置」であったといわれる<sup>16)</sup>。現行犯逮捕は、「人間の不可侵性」の観念に基づき、被疑者であっても身柄を拘束されないという原則に対する例外と解することが可能であろう。

被害者が犯人を逮捕する場合は、犯罪の証拠となる盗品・剣等を犯人の身体に結びつけ、犯罪が一夜を越える前に、犯人を裁判所に引致した<sup>17)</sup>。逮捕に当たって、被害者は、犯罪があったことを告げる「叫喚告知」を行う必要があり、これを聞いて駆けつけた者がシュライマネン (Schreimannen) である。犯行中又は逃走中の犯人を逮捕し裁判所に引致した原告は、宣誓補助者としてのシュライマネン6名とともに宣誓することによって犯人を断罪した。シュライマネンは、犯罪発生の事実を確認するために叫喚告知によって呼び寄せられたのであるから、通常、犯行について直接・間接の知識を有する者である。しかし、宣誓に際しては、犯行に関する知識を供述するのではなく、原告の宣誓の潔白を宣誓するのである<sup>18)</sup>。もともと、叫喚告知、犯

人の逮捕、犯罪の証跡等、犯行と犯人を確信させるような客観的事情を前提としてなされる原告や宣誓補助者の「宣誓」は、通常の訴訟において被告人が行う雪冤宣誓とは異なり、犯罪事実に関する供述に近い意味を持っていたと考えられる<sup>19)</sup>。

現行犯手続の特徴は、① 被告人が、自由人として認められる身体の不可侵性を保障されないこと、② 通常の訴訟において有する雪冤宣誓の機会を奪われること、③ 原告が断罪宣誓によって被告人の有罪を立証しうることなどである。ここでは、自由人たる当事者の対等を前提とする弾劾訴訟の特徴が後退し、被告人の身柄拘束と原告側の有罪立証が認められている。

## 5 決闘・神判の禁止

1215 年第 4 回ラテラノ公会議において、ローマ・カトリック教会は、決闘と神判に不可欠な宗教的儀式に司祭が関与することを禁じ、実質的に決闘と神判を禁止した<sup>20)</sup>。ドイツでは、都市が特許状によって決闘・神判を廃止する権限を獲得し<sup>21)</sup>、また、雪冤宣誓には、「盗人は、左手に盗品を持ちながら、右手を挙げて雪冤宣誓することが許されている」という批判の声が上がった<sup>22)</sup>。特に都市では、証人の証言による原告側の断罪立証を許容する法域が南ドイツを中心に現れる。「すべての訴訟事件において、誠実かつ名誉ある市民、ただし 2 名の市民たる証人の証言は、彼等が証人として取り調べられる係争事実について、自ら目撃し聞いたと供述する場合に限り、十分な証言となりうる」とする 1293 年のコルマール市の特許状、「起きた事柄をその場所において自分の目で見たか自分の耳で聞いたことを宣誓の上供述するのでなければ、司祭の宣誓は許されない」と定めた 1323 年のウップシュタールスボーム法、原告が証人によって被告人の犯行と犯人性を立証することを認める 1470 年ヴェストヴォルト・ラント法等がある<sup>23)</sup>。このような目撃証人等による立証の意義については、これを実体的真実主義の現れとする見解と<sup>24)</sup>、適格とされる証人の供述は、宣誓の場合と同じく、無条件の証明効

果を有しており形式的な証拠法の枠組を超えたものではないという見解がある<sup>25)</sup>。

13世紀末に登場した7名断罪手続（後述）が象徴するように、13世紀は、犯罪に対する公的訴追が広く行われるようになった時代である。このような訴追手続の下では、被告人に雪冤宣誓権を認めることは、公的訴追を生み出した犯罪鎮圧の目的と相容れなかったであろうし、公益を代理する訴追者が決闘によって被告人を断罪する手続も問題になりえなかったであろう<sup>26)</sup>。結果が偶然であり、しかもすでにその合理性に疑問が生じていた神判もまた、犯罪訴追に対する公的関心に照らし、犯罪立証の方法として不適切なものとなったであろう。いずれの点から見ても、形式的証拠法は、公的な犯罪訴追を必要とする時代状況の下では、時代的要請をみたさない不合理なものとして衰退に向かわざるをえなかったといえる<sup>27)</sup>。

#### 注

- 1) もっとも、反逆罪等の一定の犯罪に対しては、国王裁判所が、場合によっては拷問を用い、職権によって訴追活動を行った（H. Rüping/G. Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5. Aufl., 2007, S. 11）。この点を、メロヴィング朝期フランク王国について検証したものととして、西川洋一「トゥールのグレゴリウスにおける国王の刑事裁判権」西川洋一・新田一郎・水林彪編『罪と罰の法文化史』（1995年）141頁以下参照。

M. ウェーバー（世良晃志郎訳）『法社会学』（1976年）88頁によれば、「刑法が原始的な形で発展するにいたったのは、……個々人の行為が、彼の属する隣人団体・ジッペ団体または政治団体を、その成員の全体にわたって危険にさらすような場合においてであった。団体成員全体を危険にさらすという現象は、とりわけ2種類の行為によって生じた。宗教犯罪と軍事犯罪とがこれである」。

- 2) J. Poetsch, *Die Reichsacht im Mittelalter und besonders in der neueren Zeit*, 1911, S. 2f. によれば、一定の重罪を、平和すなわち人身の不可侵性を保障する共同体的紐帯に対する裏切り・反逆と見て、行為者を共同体から放逐する古代ゲルマン法における「平和喪失」に起源する制度である。
- 3) 堀米庸三『ヨーロッパ中世世界の構造』（1976年）220頁。
- 4) Rüping/Jerouschek, *a. a. O.*, S. 11. 原告は、憎悪、利欲等からではなく、十分な嫌疑に基づいて訴えを提起したことを宣誓した。Vgl. W. Schnelbögl, *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*, 1932, S. 260.

- 5) E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, S. 81 f. は、現行犯手続における宣誓補助者は犯行の目撃証人ではないにせよ、高度の嫌疑を基礎づける間接事実を体験した者たちであるとする。
- 6) R. Loening, *Der Reinigungseid bei Unrichtigklagen im deutschen Mittelalter*, 1880, S. 15.
- 7) Rüping/Jerouschek, *a. a. O.*, S. 39.
- 8) ザクセンシュピーゲル・ラント法 1・38・1 (久保正幡・石川武・直井淳訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』[1977 年] による。以下同じ)。
- 9) A. v. Kries, *Der Beweis im Strafprozeß des Mittelalters*, 1878, S. 39. ザクセンシュピーゲル・ラント法 1・39 は、権利喪失者として雪冤宣誓を許されない被告人について、「(灼熱している)鉄をもち支えること、または沸騰している釜の中へ(手)肘まで入れること、または決闘人に対して身を守ること」の 3 種の選択肢を定めていた。
- 10) v. Kries, *a. a. O.*, S. 39 f.; J. W. Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, Bd. 1, 1879, S. 787 f.
- 11) Planck, *a. a. O.*, S. 789.
- 12) W. Schünke, *Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhunderts*, 1952, S. 17.
- 13) J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV siècle*, 1939, p. 17 (上口裕訳「ジャン・フィリップ・レヴィ『中世学識法における証明の序列』(1)」南山法学 12 巻 1 号 [1988 年] 94 頁。以下、巻号・頁数で表記する)。
- 14) v. Kries, *a. a. O.*, S. 85 ff.; Schünke, *a. a. O.*, S. 18.
- 15) Schnelbögl, *a. a. O.*, S. 261.
- 16) Schmidt, *Einführung*, S. 81. 「人間の不可侵性」とは、「神々によって保証された平和に与る個々のゲルマン人の民族同胞に対する関係」であり、個々のゲルマン人は不可侵であると同時に他の者の不可侵性を尊重する義務を負い、他の者を侵害した者は不可侵性を失い、自己と他者との間に存した平和の関係を破壊した者として、被害者による復讐を受けた (Schmidt, *Einführung*, S. 22)。
- 17) ザクセンシュピーゲル・ラント法 1・66・1; 2・35. Vgl. Schmidt, *Einführung*, S. 40, 81; v. Kries, *a. a. O.*, S. 52 f.
- 18) v. Kries, *a. a. O.*, S. 11, 52.
- 19) Loening, *a. a. O.*, S. 69 は、この点を強調し、現行犯手続におけるシュライマネンは性格証人ではなく、知識証人であったとする。
- 20) R. C. Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 1973, p. 69 は、神判廃止に至る経緯を、カノン法学者は、12 世紀の間第 4 回ラテラノ公会議が決定を下すまで、神判の是非について逡巡・躊躇し、ローマ法学者は、ローマ法大全が神判に言



及していないという理由で神判を冷ややかに黙殺し、王侯は、国家が犯罪訴追に乗り出した時代であるにもかかわらず神判によって犯罪者が罪を免れている、として神判に反対した、と要約する。

- 21) W. Trusen, *Strafprozeß und Rezeption – Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina*: P. Landau/F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 75.
- 22) Trusen, *Strafprozeß*, S. 55 f., 75.  
ゲルマン法における雪冤宣誓は、他の証拠方法による証明が不可能である、一定の有罪証拠が存在するなどの要件を前提としない証明方法であった。これに対し、カノン法は、風評によって疑いをかけられた聖職者が潔白を証明する方法として、  
① 根拠に基づく風評が持続し、② 通常の方法による立証が不可能であり、③ 弾劾人がいる場合は弾劾人が敗訴したことなどの要件の下で、ゲルマン法由来の雪冤宣誓を導入した。Cf. Lévy, *op. cit.*, p. 142 ff. (上口訳・南山法学 13 卷 2・3 号 [1989 年] 206 頁以下)。
- 23) Schmidt, *Einführung*, S. 77 f.; W. Sellert/H. Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 1, 1989, S. 174.
- 24) Sellert/Rüping, *a. a. O.*, S. 110.
- 25) Schmidt, *Einführung*, S. 79. 直接証人であることを要求する都市法の例から見て、証人による証明がゲルマン証拠法の形式的証明方法であったというシュミットの見解には議論の余地があると思われる。
- 26) J. H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, 1974, p. 148. また, *ibidem* は、7 名断罪手続や風評手続の対象とされた「ラント有害者」は、都市等にとって部外者であり、宣誓補助者を伴う雪冤宣誓の前提となるべき共同体への帰属関係を欠く者として、雪冤宣誓の機会を奪われたとする。
- 27) W. Trusen, *Der Inquisitionsprozeß – Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, ZRG, Bd. 105, Kan. Abt. 1988, S. 210 は、イノケンティウス 3 世の下において、風評のある場合に聖職者に雪冤宣誓を課す手続(注 22 参照)に代わって糾問訴訟が導入された歴史的事実を、「糾問訴訟導入と並行して、証拠方法としての神判及び決闘を禁じた新たな合理的な精神的態度から生じた論理的かつ必然的な帰結だと考えられる」と評価し、形式的証拠法からの脱却と新たな訴訟手続の導入との間の思想的関連性を肯定する。

## II 過渡的訴訟形式

### 1 ラント平和令

ゲルマン法では、訴訟によることなく、自力救済すなわちフエーデに訴えることも公認された紛争解決の手段であった。しかし、11世紀から12世紀における商業復活、都市成立など社会的・政治的な時代環境の変化にともない、フエーデがもたらす治安悪化は、耐えがたい社会不安となり、その解決が公的課題となった。このため、フエーデを制限・禁止する国家的あるいは地域的な立法が行われるようになった。いわゆるラント平和令である。1103年の帝国ラント平和令を嚆矢として、1495年の永久ラント平和令に至るまで繰り返し発布され、殺人、窃盗、放火等に対し、贖罪金によって請け戻すことを許さない死刑・身体刑が定められた。刑罰の公刑罰化である。また、「自由人は不可侵であり、その生命・身体は侵されない」という原則が崩れ、もともと死刑・身体刑を科されていた非自由人との区別が徐々に消滅していった<sup>28)</sup>。このような公刑罰を実現するには、犯罪訴追のイニシャティブを被害者たる私人の意思に委ね、しかも、現行犯の場合を除いて身柄拘束が許されないという旧来の犯罪訴追制度は明らかに不十分であった。その意味で、刑罰の公刑罰化を実現したラント平和令は、公的イニシャティブによる犯罪鎮圧、すなわち職権による犯罪訴追制度の成立につながることになった<sup>29)</sup>。

公的イニシャティブによる犯罪鎮圧の必要性は、中世後期における飢饉、黒死病、戦乱等によってもたらされた「中世の危機」と呼ばれる社会的混乱と不安を背景とした犯罪の多発によっても高められた。このような社会的混乱の中から発生した徘徊・流浪する犯罪者群は、「ラントに有害な者たち(landschädliche Leute)」と呼ばれた。訴追開始を私人の意思に委ね、また被告人の雪冤宣誓の余地を残す従来の手続では、これらの犯罪者群には無力であ

り、犯罪闘争のための新たな手続として、7名断罪手続以下の断罪手続が登場した。

## 2 7名断罪手続

1281年のバイエルン・ラント平和令や14世紀の都市特許状に現れた新しい断罪手続である<sup>30)</sup>。罪を犯す危険のある外部者は、都市市民等から見て、同胞としての配慮と尊重を必要としない非市民・非居住者であり、治安維持の目的から、都市はこのような「ラントに有害な」外部者を逮捕する権限を獲得する<sup>31)</sup>。この権限に基づいて逮捕され裁判所に引致された外部者に対する訴追手続が、7名断罪手続（Übersiebungungsverfahren）である<sup>32)</sup>。1281年バイエルン・ラント平和令14条の定める7名断罪手続は、「ある者が有害な者又は窃盗犯人<sup>33)</sup>を逮捕し、裁判所に引致するときは、その者又は裁判官は、被逮捕者が有害な者であり、法に従い判決がなされるべきであると宣誓しなければならない。次に6名の者がその宣誓が真実であることを宣誓しなければならない。しかる後、いかなる判決がなされるべきかが〔参審人に〕問い質されなければならない」<sup>34)</sup>、というものであった。

7名断罪手続は、① 現行犯ではない者の逮捕が可能とされている、② 訴追は私人たる原告による弾劾によっても、裁判官による職権によっても行いうる、③ 現行犯手続でないにもかかわらず、被告人には雪冤宣誓の可能性が認められない、④ 宣誓補助者は、シュライマネンと異なり、犯罪に関する知識を有せず、訴えの真実性を担保する役割を果たさない、などの点で伝統的な現行犯手続と異なる手続である。弾劾訴訟である点と6名の宣誓補助者の必要性という点で、現行犯手続と類似性がないわけではないが、公共の治安維持を目的とした職権手続という点で、現行犯手続との違いは本質的なものである<sup>35)</sup>。7名断罪手続が「ドイツ刑事手続における完全な革命」<sup>36)</sup>であったとされる所以である。

### 3 風 評 手 続

従来の弾劾訴訟に比べて革命的ともいえる断罪手続であったが、7名断罪手続には、その要式性から来る手続的煩雑性、断罪宣誓を行う適格性と意思を有する者7名を探し出すことの困難性、断罪したラント有害者側からの報復のおそれなど、その効率性を害する制約があり、7名による断罪の手続が必ずしも容易ではないという事情があった<sup>37)</sup>。このため、14世紀の多くの都市では、皇帝特許状等に基づいて、ラント有害者の断罪を一層容易にする新たな手続として、風評手続(Leumundsverfahren)が導入された。風評手続においては、原告及び宣誓補助者による宣誓は不要であり、捕縛され引致された者に対し、都市参事会が、被逮捕者の有害性を示す証拠を裁量的な方法によって入手し、その過半数をもって、被逮捕者は「都市又はラント及び人々にとって有害であり、生よりも死がふさわしい」と評決することが可能であった。評決は最終裁判期日において2名の参審人によって報告され、これに基づいて刑が執行された<sup>38)</sup>。

風評手続と7名断罪手続の違いとして、風評手続では、①被告人の有罪を立証する者が法廷に現れないこと、②都市参事会の無制約な権限を前提に、手続が逮捕された被疑者に無差別に適用されること、③アハトに処せられている(すなわち、平和喪失者として法的保護を失っている)か否かを問わず、参事会が疑わしいと判断した者を拘禁し職権で訴訟を開始することが挙げられる<sup>39)</sup>。職権によって被疑者を逮捕した参事会は、被告人に対し「生よりも死がふさわしい」者であると判決する前に、風評に関する証人を取り調べ<sup>40)</sup>、必要ならば、後述する拷問手続によって被告人のラント有害性を裏づける自白を収集したものと考えられる<sup>41)</sup>。

風評手続は、「疑わしい人物に対し、強い嫌疑に基づいて死刑を科すことさえ可能であり、すべてを判決人の確信に委ねている限りにおいて、ゲルマンの古い原則〔=形式的証拠法〕から著しく乖離している」<sup>42)</sup>、と評されてお

り、風評手続は、実質において糺問訴訟の萌芽を含むとされる<sup>43)</sup>。

## 4 拷問手続

7名断罪手続や風評手続と並んでこの時期に登場する新たな断罪手続が、拷問手続である<sup>44)</sup>。中世における拷問の歴史は、13世紀のイタリアに始まる<sup>45)</sup>。拷問を定めた最初の都市法である1228年ヴェローナ市条例は、決闘、その他の神判と並んで拷問を許容するという過渡的な内容を持つものであった<sup>46)</sup>。カノン法では、1252年に異端審問において拷問が採用されている<sup>47)</sup>。

ドイツでは14世紀前半、司教都市等において拷問を許容する記録が現れる<sup>48)</sup>。拷問手続は南ドイツから北ドイツに拡大するが、14世紀末のザクセンでは拷問手続に対する躊躇があったようである。記録によれば、拷問によって自白した被告人が裁判所に対し、現行犯逮捕されたものではないから雪冤宣誓が許されるべきであると主張し、他方、原告が、自白を聴取した裁判所属吏と参審人の供述によって被告人が自白した事実を立証し、被告人の雪冤宣誓を防ごうとした事案において、参審人は、「慣習ではなく、法に基づく」手続に従うべきであるとして、被告人に単独で行う雪冤宣誓を許している<sup>49)</sup>。「慣習」となりつつあった拷問手続に対するゲルマン法的観念の抵抗を示す例であろう。

拷問手続は、公開の裁判期日に先だち密室で行われ、市参事会から2名の参審人が派遣されてこれに立ち会い、自白を聴取する。自白が得られるならば、最終裁判期日を開くことなく判決がなされる場合もあるが<sup>50)</sup>、通例、最終裁判期日が設定され、最終裁判期日において、まず原告が訴えを提起する。被告人が自白する場合は、直ちに参審人に対し判決が求められる。被告人が否認する場合は、原告側の立証として、拷問に立ち会って被告人の自白を聴取した2名の参審人が宣誓の上被告人が自白した事実を供述し、引き続いて参審人に判決が問い質される<sup>51)</sup>。最終裁判期日に原告が訴えを提起す

る弾劾訴訟の形式が取られているが、最終裁判期日前の拷問によって下すべき判決は実質的に決まっており、被告人には防禦の余地は残されていない。被告人が最終裁判期日において自白しない場合であっても、拷問による自白が有罪判決の基礎となる点で、風評の立証のみで被告人を断罪する風評手続と並ぶ、新たな効率的な犯罪鎮圧手続の役割を果たした。

拷問導入期においては、拷問実施に必要な嫌疑の程度をはじめとする拷問の要件、拷問の方法・程度に対する法的規制は確立しておらず、官憲の裁量に委ねられた<sup>52)</sup>。これに伴う拷問の濫用は、後にカロリーナの序言において、「多くの地において、しばしば法と理性に反して訴訟が行われ、ために無辜が拷問され (gepeinigt)<sup>53)</sup>、処刑されている」と指弾される事態を生み出し、帝国レベルでの司法改革立法を促す背景となった。拷問手続の整序と規律は 15、16 世紀のローマ・カノン法、いわゆる学識法の継受を待たなければならない。

## 5 拷問と糺問訴訟

このように、原告が登場する弾劾訴訟という形式の中で拷問による自白に基づいて被告人を断罪する手続が存在したが、このような訴訟形式は糺問訴訟とどのような関係に立つのであろうか。糺問訴訟を、被害者による申立てを待つことなく、公権力が自らの判断と意思に基づいて犯罪の訴追に着手する原則（職権主義）と、雪冤宣誓や神判のような形式的証拠法ではなく、合理的方法によって犯罪事実を解明するという原則（実体的真実主義）とに導かれる訴訟形式と解するならば<sup>54)</sup>、最終裁判期日に先立つ手続において、官憲が身柄拘束された被告人から自白を採取し、これによって訴訟手続の目標である判決が決定される訴訟形式は、原告が最終裁判期日において訴えを提起する手続が維持されていたとしても、十分に職権主義的であるといわなければならない。他方、実体的真実主義との関係においても、拷問手続は、官憲が被告人の供述によって実体的真実を解明しようとする意図を示すもので

あり、糺問訴訟の「徴憑 (Zeichen)」であるとするのが通説的な見解である<sup>55)</sup>。確かに、何びとによってどのような犯罪的行為が行われたか、行われうるかを解明することが秩序と平和の維持に深くかかわる以上、秩序と平和の維持を責務とする官憲が行った拷問は、たんに被告人の有罪・無罪を決定するために「認諾」を獲得するだけではなく、被告人の犯行に関連する犯罪的事象の解明のためにも用いられたと考えられる<sup>56)</sup>。官憲が犯罪鎮圧に乗り出さざるをえない時代状況を考えるならば、自白が獲得されるならば、それ以上その真偽や犯行の具体的内容を問わないという制度を想定することは困難だからである。

しかし、拷問による自白強要に実体的真実主義の現れを見る従来の通説的な見解に対しては近時異論もある。中世後期・近世初頭のドイツの刑事手続においても、自白は事実を証明する手段ではなく、形式的な実体判決要件としての役割を担ったとする見解である<sup>57)</sup>。この見解は次のように説く。

① 既に学識法を通して拷問による自白の真実性を担保するための準則が知られていたが、この時期のドイツの拷問手続においてこれらの準則が遵守された形跡がなく、自白の真実性は問題とされていなかった。これは、拷問による自白採取は実体的真実主義と無関係であったことを示している<sup>58)</sup>。

② ゲルマンの形式的証拠法においては、被告人が自白する場合は、証明手続はおよそ問題とならず、直ちに有罪判決がなされた。この時期における自白もまた、形式的証拠法における自白と同様に、証明手続を不要とし直ちに実体判決をもたらす訴訟行為にとどまった。自白は、7名断罪手続における7名による断罪宣誓に代わるものであったが、同じように形式的な断罪方法であり、自白の真実性は問題にならなかった<sup>59)</sup>。また、③ 拷問による自白を聴取した参審人が最終裁判期日において自白を再現し、かつ、自白によって既に決まっていた判決が宣告される手続であっても、最終裁判期日において判決が発見されるという弾劾訴訟形式が維持されていた以上、法的な訴訟形式に変更はなく、このような弾劾訴訟は、「自白訴訟」といいえても、「糺問訴訟」ということはできない<sup>60)</sup>。

このような見解については、次の点が問題となろう。① この時期のドイツ法がローマ・カノン法から拷問を受容したとするならば、自白に関するローマ・カノン法、とりわけ徴憑理論が適用されなかったのはなぜなのか<sup>61)</sup>。② ゲルマン証拠法においては、自白が証明手続を排除する効果を持つためには、被告人が裁判所の面前において任意に自白することが必要であった。これに対し、拷問による自白は、事後的に被告人によって認証されたとしても、ゲルマン法本来の意味で任意と見ることが困難である。にもかかわらず、形式的証拠法における自白と同様、有罪判決の根拠となると考えられたのはなぜなのか。自白の意義について変化が生じ、自白の真実性が問題とされ、自白の真実性について一定の確信が持たれていたからではないか<sup>62)</sup>。風評のような嫌疑があつて被疑者の身柄が拘束された後に拷問が行われたのであるから、先行した嫌疑を自白によって確認・補強すること、また、先行した嫌疑によって自白内容を確認・補強することに関心が払われた、と考えるべきであるまいか。③ 拷問を手段とする公的訴追活動が訴訟の帰趨に決定的な影響を与える訴訟形式を、弾劾訴訟と呼ぶことは妥当であろうか<sup>63)</sup>。このような訴訟形式を、最終裁判期日に原告が介入し判決が発見されるという理由で弾劾訴訟と呼ぶことは、原告の存在を過大視することになるのではないか。また、形式的にすぎない原告の存在を根拠に手続の弾劾訴訟性を肯定することは、裁判所及び原告が被告人に自己負罪的な供述を強制することを予定しない弾劾訴訟の基本的メルクマール（当事者対等原則）を無視するものではあるまいか<sup>64)</sup>。カロリーナにおける弾劾訴訟と拷問の関係において後述するように、当時の糺問訴訟法学が、弾劾訴訟において拷問が命じられる場合は弾劾訴訟は糺問訴訟へと変化すると捉えたのは、拷問は弾劾訴訟と相容れないと理解したためであると思われる。

自白はその内容の真実性が問題とならない訴訟物の処分行為であつたという見解によれば、拷問による自白の真実性について検証を求めるバンベルゲンシス（66条）や、拷問の有無を問わずおよそ自白について真実性の検証を求めるカロリーナ（54条）は、既に自生していた糺問訴訟を完成させるとい



う意味で糾問訴訟成立史の終章である、というよりは、むしろその序章と位置づけられることになる。

注

- 28) Schmidt, *Einführung*, S. 59; H. Hirsch, *Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter*, 1922, S. 151.
- 29) Schmidt, *Einführung*, S. 85 は、1235 年マインツ・ラント平和令以降、ラント平和令の内容が実体刑法的規定から、刑法を実現するための手続的規定へと重心を移していることを指摘する。
- 30) Rüping/Jerouschek, *a. a. O.*, S. 37; O. v. Zallinger, *Das Verfahren gegen die land-schädlichen Leute*, 1895, S. 142 ff.
- 31) Schmidt, *Einführung*, S. 82, 88 f.; R. Ruth, *Zeugen und Eideshelfer in den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters*, 1922, S. 186.
- 32) Zallinger, *a. a. O.*, S. 142; Hirsch, *a. a. O.*, S. 95.
- 33) Hirsch, *a. a. O.*, S. 24 によれば、窃盗は身体刑・生命刑を科すべき犯罪の典型として扱われ、1217 年のクレームスミュンスター文書において、“fur” (窃盗犯) は「盗人及び有害な者」と独訳されており、窃盗犯は死刑相当の犯罪者を示す集合名詞であった。
- 34) zitiert bei: Zallinger, *a. a. O.*, 147.
- 35) R. C. van Caenegem, *La preuve dans le droit du moyen-âge occidental, Recueils de la société Jean Bodin*, t. 17, 1965, p. 728 は、雪冤宣誓・神判という形式的な証明方法に代わる新たな証明方法として、ローマ・カノン法の証拠法と陪審制度を挙げる。カエネヘムは、陪審制度を、有罪・無罪の判断を地域を代表する非専門的な集団に委ね (民の声)、その判断が神の声たる神判に代わるものとして裁判官を拘束する制度であると位置づけ、7 名断罪手続もこの種の手続の一種であるとする。このような観点から見ると、「民の声」による裁判は、その後イギリスとドイツにおいて全く異なる歴史を歩むことになったといえる。なお、この点に関するイギリス及びフランス史を比較検討するものとして、小山貞夫『絶対王政期イングランド法制史抄説』(1992 年) 3 頁以下参照。
- 36) Loening, *a. a. O.*, S. 69.
- 37) Zallinger, *a. a. O.*, S. 194.  
このほか、報酬を得て軽率な宣誓をする宣誓補助者が存在したという事実が、7 名断罪手続の問題性として指摘されている。若曾根健治『中世ドイツの刑事裁判——生成と展開』(1998 年) 465 頁以下参照。
- 38) v. Kries, *a. a. O.*, S. 239 ff.; R. Ruth, *a. a. O.*, S. 212 f.  
Trusen, *Strafprozeß*, S. 76 は、1258 年ケルン市とケルン大司教との間に生じた紛

- 争に対して行われた調停の結果として、ケルン大司教が「悪行の公然たる風評のある者に対し、原告が現れない場合においても、糾問を行い、裁判を行う (*inquire et judicare*)」権限を有し、他方、市長及び参事会も「尊敬され名誉ある人々の許で悪評のある」者に対して糾問を行う権限を有することが確認された事実を挙げ、これを、カノン法の糾問訴訟の影響を受けた風評手続の萌芽だとみなしている。
- 39) Ruth, *a. a. O.*, S. 21. アハトに処せられているか否かを問わないというのは、アハトの場合のように身柄拘束のための明確な法的根拠がない場合においても都市参事会によって逮捕が行われたという趣旨である。
- 40) Zallinger, *a. a. O.*, S. 213.  
G. Jerouschek, *Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit*, ZStW, Bd. 104, 1992, S. 357 は、「風評証人 (*Leumundszeuge*)」は、犯罪の風評を供述する伝聞証人であり、宣誓補助者と知識証人との中間に位置するとする。
- 41) Schmidt, *Einführung*, S. 102.  
E. Brunnenmeister, *Die Quellen des Bambergensis*, 1879, S. 29 もまた、風評手続において、裁判所は自らの心証に基づいて判断することを求められ、かつ、心証形成の証拠を自ら収集する必要があったから、疑いのある場合には被告人の自白を得ることは必須であり、拷問が原則化したことは当然であったとする。
- 42) A. Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, 1827, S. 140.
- 43) E. Schmidt, *Inquisitionsprozeß und Rezeption*, 1940, S. 45 は、風評手続ではたんに有害者であるか否かではなく、個々の犯罪の立証が問題となったのであって、糾問訴訟の萌芽を見るべきだとする。シュミットはまた、証拠評価の裁量性を指摘し、「証人又はその他の証拠方法により、官憲を構成する者が経験によって得た基準に照らし、被逮捕者の有罪を立証しうる場合は、当然に『死又は生のいずれがよいか』という件の評決に至り、有罪の結論となりえた」と述べている (*a. a. O.*, S. 46 f.)。
- 44) Schünke, *a. a. O.*, S. 160 は、7名断罪手続、風評手続、自白強要手続を、ラント有害者に対する犯罪闘争において、伝統的な証拠法では不可能であった原告側による有罪立証を可能にする証明手続であったと位置づける。Hirsch, *a. a. O.*, S. 104 は、7名断罪手続における宣誓が不確実なものであったため、14世紀以降、非現行犯人の断罪方法として自白が選好され、必要ならば拷問が行われるようになったとする。
- 45) P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, vol. 1, 1953, pag. 70 は、「神判廃止が拷問復活の消極的な要因であったとするならば、拷問復活の積極的な要因となったのは国家意識の強化であった。国家意識の強化は、一部は、ローマ的觀念の復活に由来し、また一部は、国家的權威の高揚に伴い必然的に重大な国家的任務となった刑事訴追の手続が未整備であったため裁判権者 (*il potere giudiziario*) が強制力の行使によってこれを補完する必要があったという事情に由来した」と指摘

する。

- 46) Fiorelli, *op. cit.*, vol. 1, pag. 85.

この他、1241年のヴェルチェッリ市条例は、「公然たる窃盗すなわち強盗又は悪しき風評のある者でなければ何びとも拷問されてはならない」と定め、フリートリヒ2世の1231年シチリア王国勅令は、夜間若しくは秘密裡に行われた殺人その他の犯罪について強い嫌疑のある身分低き者に対する拷問を定め、裁判上の決闘（若干の例がある）及びその他の神判を廃止した（*op. cit.*, pag. 85 e seg.）。

- 47) 1252年のイノケンティウス4世の教勅“Ad extirpanda”以降、教会裁判所では異端審問のため拷問が用いられた。教勅は、「官憲又は君主は、捕らえたすべての異端者に対し、魂を強奪し殺害する者、神及びキリスト信仰の秘蹟を盗む者として、この世の物を盗み奪う者が共犯者の告発と犯行の自白を強制されるように、その四肢を損ない死の危険に曝すことを避けつつ、彼等の過ちを明確に自白し、彼等が知る他の異端者、彼等の信条、信徒、彼等を置いて保護する者を告発し明らかにすることを強制しなければならない（Teneatur potestas seu rector omnes haereticos quos captos habuerit, cogere citra membri diminutionem et mortis periculum... tanquam vere latorones et homicidas animarum et fures sacramentorum Dei et fidei Christianae, errores suos expresse fateri, et accusare alios haereticos, quos sciunt, et bona eorum, et credentes, et receptatores et defensores eorum, sicut coguntur fures et latorones rerum temporalium accusare suos complices, et fateri maleficia quae fecerunt）」（referito dal: Fiorelli, *op. cit.*, vol. 1, pag. 80）と定める。“bona eorum（彼等の財）”の意味が判然としないが、文脈上、異端信仰の動機・内容を指すものと思われる。

H. J. Berman, *Law and Revolution—The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, p. 252 は、異端審問と拷問の関係について、「被告人の精神状態が争点である——異端がその好個の例である——場合、被告人の精神状態について適切な証言をなしうるのは被告人を措いて他になく、犯罪となる精神状態を認めさせる最適な方法は物理力である」とする。

- 48) Trusen, *Strafprozeß*, S. 57 は、拷問の最も初期の記録が14世紀ドイツの司教都市（シュトラスブルク、シュパイエル、ケルン、レーゲンスブルク）のものであること、また、教会と教会に有害な異端者との関係が、都市と都市外のラント有害者との関係に相似であることを指摘し、カノン法のドイツにおける拷問に対する影響を指摘する。また、Jerouschek, *a. a. O.*, S. 351 は、世俗的な都市領主でもあった司教は、異端審問を行う世俗官憲に拷問を行う権限を与えたであろうと解している。
- 49) Schmidt, *Einführung*, S. 96 f. が挙げる、14世紀末ニコラウス・ヴルムによって著された法書“*Die Blume des Sachsenspiegels*”に現れた事例である。
- 50) Schmidt, *Einführung*, S. 102, 104.

- 51) G. Kleinheyer, *Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und frühen Neuzeit*, *Gedächtnisschrift für H. Conrad*, 1979, S. 371 が挙げる 1485 年のニュールンベルク刑事裁判令の例。なお、若曾根・前掲 410 頁参照。
- 52) v. Kries, *a. a. O.*, S. 154; Schmidt, *Einführung*, S. 102 f.
- 53) “gepeinigt” の意義については解釈の違いがある。G. Remus, *Nemesis Karulina*, 1594, prooemium; F. A. Vogel, *Code criminel de l'Empereur Charles V. vulgairement appelé la Caroline*, 1734, p. 2 は「拷問」と解し, J. Gobler, *Imperatoris Caroli Quinti de capitalibus iudicii constitutio*, 1543, praefatio; Langbein, *Prosecuting*, p. 267 は「処罰」と解する。
- 54) Schmidt, *Einführung*, S. 86 f. は、職権主義と実体的真実主義が結合してはじめて糺問訴訟が成立するという。Trusen, *Inquisitionsprozeß*, S. 171 もまた、職権主義及び実体的真実主義を「糺問訴訟的要素」と位置づける。
- 55) Schmidt, *Einführung*, S. 91. Sellert/Rüping, *a. a. O.*, S. 109; ミッタイス=リーベリッヒ(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説』(改訂版, 1971 年) 426 頁参照。
- 56) Schmidt, *Inquisitionsprozeß*, S. 24. また, G. Schmidt, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts: F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), Die Carolina*, 1986, S. 186 も, 「犯行, 共犯者その他官憲にとって有用と思われる事実」を拷問によって聴取するために, ラント有害者の身柄を拘束することが官憲の目標となったとする。
- 57) Kleinheyer, *a. a. O.*, S. 378; Trusen, *Strafprozeß*, S. 82. これは, 拷問を実体的真実主義の現れと解し, 官憲が被告人の供述によって事実を解明しようとすることは糺問訴訟の始まりにほかならないとするシュミットの見解(Schmidt, *Einführung*, S. 91) に対する批判である。確かに, イノケンティウス 3 世の下で成立した糺問訴訟はまだ拷問を伴っていなかったのであるから, 糺問訴訟と拷問の結び付きは密接不可分だといえない。シュミット説も, この点を否定する趣旨ではなく, 拷問を伴う刑事訴追手続は, 職権主義と実体的真実主義に立脚する糺問訴訟にほかならないという趣旨であろう。
- 58) Trusen, *Strafprozeß*, S. 79 f. トルーゼンは, 学識法継受の例として, 14 世紀中葉都市書記ヨハネスによって著された『ブリュン市参審人の書 (*Brünner Schöffnenbuch*)』を挙げる (Trusen, *Entwicklung*, S. 59 ff.)。その 717 章には, ①「常に拷問を信用してはならない, 拷問による証明は不確実かつ危険で真実を誤るものだからである。大部分の者は拷問に耐え, あるいは感応せず, 拷問を嘲笑するために, 彼らから真実を引き出すことは全く不可能であり, また, 他の者は拷問に全く耐えることができず, 拷問されるよりはいかなる虚偽でも述べることを選ぶために, 種々自白をすることによって自分のみならず他人をも危険に陥れるという結果が生じている」, ②「犯した罪を自発的に自白した場合であっても, 常に信用すべきものでは

ない。恐怖その他内心的な理由から自白する者がいるからである」など、自白の真実に配慮する文言が見える (zitiert bei: Kries, *a. a. O.*, S. 152)。①は D. 48, 18, 1, 23 の、②は D. 48, 18, 1, 27 の引写しである。

また, Kleinheyder, *a. a. O.*, S. 381 は、『ブリュン市参審人の書』の上記規定を挙げ、自白が真正の証拠方法となる変化を示すものと位置づけ、ウォルムス改革法典 (1499 年) 第 4 巻第 2 部 X 章 15 の「ある者が拷問において自白し、それを維持するときは〔判決をなしうる〕」という文言を挙げて、自白の真実性を検証する原則が躊躇されながらも受容されるようになったのは 15 世紀末であったとする。

- 59) Kleinheyder, *a. a. O.*, S. 384; Trusen, *Strafprozeß*, S. 82.
- 60) Trusen, *Strafprozeß*, S. 84 f. トルーゼンは、さらに、拷問手続は糾問的「前手続」又は「警察的な」訴追活動とはいえが (Kries, *a. a. O.*, S. 151 が既に同趣旨の指摘を行っている)、中世において存在した厳格に様式化された「弾劾訴訟」との比較において、これを糾問訴訟と呼ぶことはできないという。同じく、拷問と弾劾訴訟の両立可能性を肯定するものとして、Kleinheyder, *a. a. O.*, S. 384.
- 61) Schmidt, *Einführung*, S. 93 は、拷問はローマ法の影響を受けることなくドイツにおいて発生したという立場から、拷問がローマ法継受の結果だとする見解に対し、ローマ法継受の結果であるならば、1300 年頃にイタリアで既に完成していた拷問要件論としての徴憑理論を継受しなかったのはなぜか、という疑問を提起している。  
この点について、Schünke, *a. a. O.*, S. 168 は、① この時期の都市参事会は自立・自治を求めており、拷問手続を法律によって規律することに関心がなかった、② 拷問は有害者の断罪に最適手段であり、これに制約を加える必要性を認めなかったという理由を挙げ、拷問手続の欠陥が表面化したのは、15 世紀において外部者ではない市民に対しても拷問が行われるようになってからである、としている。
- 62) Lévy, *op. cit.*, p. 58 (上口訳・南山法学 12 巻 2・3 号 [1988 年] 47 頁以下) によれば、Baldus, *Consilia sive Responsa*, V, 479 は「しばしばポデスタの陪席判事は、拷問によって自白を採取しながら自白は任意であると称する。したがって、① 犯罪が確かに行われ、かつ証明されること、② 確かな徴憑及び証拠から (*ex indicis verisimilibus et probationibus*)、反対事実が明らかにならなかったことが必要である」と述べている。これは、拷問による自白を「任意」とみなすのであれば、その根拠は自白の真実性に求めるほかない、という趣旨に解されるのではあるまいか。
- 63) バンベルゲンシス 123 条は、最終裁判期日の制度を維持する理由として、「〔必要なるすべての審理は最終裁判期日前に慎重に行われていなければならないが、〕それにもかかわらず、上に定めるような公開の裁判手続が、善意からにせよ、最終裁判期日において行われないことは、一般民衆及び古き慣習のためにあってはならない (*vnd soll doch nichtss dester weniger auff dem endhaften rechttag, vmb des gemeynen volcks vnd alter gewonheyt willen, die öffentlich gerichtlich handlung, wie vor*

davon auffgeschriben ist, auss guter meynung auch nit vnterwegen bleyben)」(J. Kohler/W. Scheel (Hrsg.), *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, Bd.2, 1902) と定める。

J. H. Langbein, *Die Carolina: F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), Die Carolina*, 1986, S.1262 は、イタリック部分に“*vmb (der Erwartungen) des gemeynen volcks*”という補足を加え、「[最終裁判期日という]儀式は、伝統に囚われた共同体に対し、連続性を保証することによって安心感を与えた」と位置づけている。したがって、Jerouschek, *a. a. O.*, S.354, Fn.89 が指摘するように、最終裁判期日が維持されたことは最終裁判期日が訴訟手続の要であったことを必ずしも意味しないのである。

- 64) Schmidt, *Inquisitionsprozeß*, S.11 はトルーゼン説(注60)と異なり、法史的な意味での「手続」は、「犯罪訴迫のために公権力によって適用・執行されることすべて」を指し、専ら合目性に定位した警察的な処分も含まれるものと解して、糺問訴訟の成否を判断している。Sellert/Rüping, *a. a. O.*, S.109, Fn.166; Jerouschek, *a. a. O.*, S.354, Fn.89 もまた、「前手続」又は「警察的な」訴迫活動は訴訟の一部ではないとするトルーゼンの見解に疑問を呈している。

### III カール5世刑事裁判令(カロリーナ)

#### 1 カロリーナの成立

##### (1) 意義

1495年ウォルムス帝国議会において、帝国改造計画の一環として、ラント平和令の実現を目的として帝室裁判所が設置された。帝国の最高裁判所としての帝室裁判所には、領邦君主及び官憲によって日々多くの無辜が「不法に正当な理由なく」有罪とされ処刑されている、という刑事司法の惨状を訴える声が多数寄せられた。帝室裁判所は帝国議会に対し、刑事司法の現状に関する報告を行い、被害者の親族による救済申立てに対して取るべき処置の指示を求めた。これをうけた1497-98年のフライブルク帝国議会において、帝国立法による刑事司法改革に着手すべきことが決議された<sup>65)</sup>。このようにして、刑事手続改革を目指す帝国立法への第一歩が踏み出されるが、刑事司法に対する不満が帝国立法を促す力となりえた背景には、15世紀、

拷問を伴う糺問訴訟の対象が都市部外者である「都市・ラント有害者」のみならず都市市民にまで拡大された結果、官憲の裁量に委ねられた拷問を手段とする糺問訴訟の問題性が先鋭化したという事情があった<sup>66)</sup>。しかし、その後しばらく改革問題は放置され、カロリーナ第1次草案が成立するのは1521年であり、最終案が法律となるのは1534年である。この間、1507年バンベルク司教領刑事裁判令（バンベルゲンシス）が、宮宰シュバルツェンベルク<sup>67)</sup>の指導の下に制定され、ローマ・カノン法の影響を受けた革新的な規定が採り入れられた<sup>68)</sup>。1521年のカロリーナ第1次草案はバンベルゲンシスを基礎としており、成立したカロリーナはバンベルゲンシスの主要な規定を引き継いでいる。この意味で、バンベルゲンシスは「カロリーナの母」と呼ばれる。

バンベルゲンシス及びカロリーナの立法趣旨は、イタリアの学識法において形成された「真実と正義の確保を目的として合理的に組み立てられた手続」<sup>69)</sup>を継受することによって、恣意的に運用されてきた糺問訴訟に秩序を与えることにあった。風評手続や拷問手続を行う特権を行使してきた帝国都市側の、カロリーナ第1次草案に対する反応は、「刑事裁判令は、まさに帝国都市の不利益となるものであり、犯罪者を保護し繁殖させる以外何の意味もないものと考えられる。刑事裁判令は帝国都市の諸特権に抵触し、帝国都市にとって受け入れがたい」<sup>70)</sup>というものであった。これは、カロリーナの革新性を象徴するものである<sup>71)</sup>。

カロリーナは、刑事訴訟における無秩序と不正義を改めるというその立法目的において刑事手続法であり、刑事実体法に関する規定もまた、犯罪構成要件の記述を目的とするものではなく、当該犯罪が訴訟手続の中でどのように扱われるかを示すという形式をとっている。

## （2）構 造

カロリーナは、219条からなり、刑事手続法は、大略以下のような内容である。① 裁判所の構成（CCC1-5）、② 弾劾訴訟・糺問訴訟の要件（CCC6-

15), ③ 拷問に必要な徴憑及び有罪立証 (CCC16-47), ④ 拷問による自白の真実性の検証 (CCC48-57), ⑤ 拷問の程度・方法 (CCC58, 59), ⑥ 拷問による自白に基づく有責判決 (CCC60, 61), ⑦ 証人による有罪立証 (CCC62-76), ⑧ 迅速裁判, 判決評議, 最終裁判期日等 (CCC77-87), ⑨ 弁護士 (CCC88-90), ⑩ 最終裁判期日における自白の撤回 (CCC91), ⑪ 判決の作成・宣告・執行 (CCC92-103), ⑫ 量刑 (CCC104), ⑬ 正当防衛の立証 (CCC141-143), ⑭ 裁判所書記の職務 (CCC181-190), ⑮ 判決の方式 (CCC199-201), ⑯ 訴訟費用, 逃亡犯人の財産及び贓物の管理等 (CCC204-213), ⑰ 法有識者団への一件記録送付 (CCC219)<sup>72)</sup>。

## 2 裁判所構成と一件記録送付制度

### (1) 裁判所の構成

カロリーナは、「それぞれの地の事情の下で見いだしうる、信仰厚く、名誉、知識、経験ある者、最も有徳かつ最良の者が、すべての刑事裁判所の裁判官、参審人、裁判所書記に任ぜられる」<sup>73)</sup> (CCC1) べきことを命じている。しかし、カロリーナ制定から約1世紀後においても、「第1条がどの程度適切に遵守されているかは、遺憾ながら経験の示す通りであり、都市では学問も刑事裁判についての知識もない者によって、農村では農民その他刑事裁判の経験のない者によって刑事事件が取り扱われているのが実情である」という状態であった<sup>74)</sup>。17世紀初頭のザクセンには、ライプツィヒ参審人団をはじめとする判決機関に鑑定を求める、約2000の第1審裁判所があったといわれる<sup>75)</sup>。刑事裁判所の構成が改善されなかったのは当然であった。

この時代の裁判所には、領邦君主、都市が設置する裁判所と、領主(家産)裁判権者が設営する裁判所があった。中でも領主裁判権者は、「手数料の徴収と引換えに、紛争を平和的に解決するための制度を設営する義務」を負い、領主裁判権者は自ら裁判官となるか、代理者を裁判官に任じた。裁判



官の訴訟手続に対する関係は、本来、「判決を行うのは、裁判官ではなく……参審人である。裁判官は、裁判所の構成員ではなく、その所有者であり、裁判所の上に立ち、これを主宰し、保護し、そして裁判所の判決の執行に配慮する」というものであった<sup>76)</sup>。また、領主裁判権は、今日の立法権・行政権をも含み、裁判手数料以外の種々の収益権を伴うものであり<sup>77)</sup>、売却・質入れ等の経済的取引の対象ともなった<sup>78)</sup>。これは、「刑事裁判官の多くは、残酷とはいわないまでも過酷であり、貧しい被告人をはなはだ厳しく扱い、法の制限、承認された慣行、慣習に反して、ある者を滅ぼし、ある者を屠り、ある者を不具にする」、あるいは、「裁判官はしばしば貧欲であり、何らかの利得、利益を期待して、残酷さではなく温情を示すことを好む」<sup>79)</sup>などの非難を生む背景となった。このような領主裁判権の実情に照らすならば、カロリーナが適正な裁判所構成を命じ、法有識者団への一件記録送付制度を定めたことは当然であったと考えられる。

## (2) 一件記録送付制度

カロリーナは、「裁判官は、その地に対して刑事裁判権を直接に有する官憲 (oberkeyt)、又は朕の本条令の末尾に示されたその他のところに、鑑定を求めなければならない」(CCC7) として、法有識者団への鑑定・判決依頼を定める<sup>80)</sup>。この規定にいう、「その地に対して刑事裁判権を直接に有する官憲」とは、領邦君主又はその顧問官を指し<sup>81)</sup>、「本条令の末尾に示されたその他のところ」とは、「法学部、都市、自治都市又はその他の法有識者」(CCC219) を意味する<sup>82)</sup>。

ドイツの大学法学部は、イタリアにおける法学者による助言 (consilia) 活動にならい、いわゆる判決機関 (Urteilskollegium) として鑑定・判決提案を行った<sup>83)</sup>。学部草創期の法学部教授は、個人の資格において法律鑑定を行ったようであるが<sup>84)</sup>、1730年の著作は、実務において1,2名の個人としての博士に鑑定を求めることはない、と述べている<sup>85)</sup>。

参審人会 (scabinatus, Schöffentuhl) は、大学法学部と同様、裁判所から送

付された記録に基づいて鑑定や判決提案を行った判決機関である。参審人会としては、カルプツォフが所属したライブツィッヒ参審人会が著名であるが、ライブツィッヒ市の都市裁判所に起源を有し、1574年にザクセン選帝侯によって選帝侯領の判決機関に改組されたものである。ローマ法継受以前のドイツにおいて、土地貴族、都市貴族、大商人などの名士によって構成される参審裁判所 (Schöffengericht) が、伝統的な法意識、慣習に基づいて判決を行った<sup>86)</sup>。その中で、「上級裁判所 (Oberhof)」<sup>87)</sup>として、他の参審裁判所から法律鑑定を受ける役割を担うことになった都市裁判所が、ここでいう参審人会である。ローマ法継受以降、学識法曹を受け入れた参審人会が、法学部と並ぶ判決機関へと成長を遂げたのである<sup>88)</sup>。

カロリーナにおいては、疑問のある場合について一件記録送付が命じられているが、その後の実務では、刑事事件に関する判決は外部の法有識者団に記録送付を行うことが必要となった<sup>89)</sup>。これは、領邦立法によって一件記録送付が義務付けられたためであり、17、18世紀には、重刑を科す法学部の判決提案も領邦君主の允許が必要とされるに至った<sup>90)</sup>。

### 3 訴訟手続

#### (1) 弾劾訴訟

弾劾訴訟において、弾劾人 (kläger) は被告人 (angeklagter) の犯罪事実とその適法な (redlich) 徴憑を陳述し、被告人の逮捕拘禁を申し立てることができる (CCC11, 14)。被告人が拘禁される場合は、弾劾人もまた、担保を提供するまで身柄を拘束される (CCC12)。弾劾人は、① 訴えを追行しない場合、犯罪事実の十分な立証若しくは犯罪事実に関する確たる徴憑の立証を行わない場合、又は、敗訴する場合において責を負うべき訴訟費用及び被告人に対する賠償の担保として、裁判官が十分と認めるものを提供しなければならない (CCC12, 13)。② 被告人が自白せず、弾劾人が犯行を立証しようとする場合は、法の定めに従って立証を行うことが許される (CCC62)。信用すべき良

き2名ないし3名の証人(CCC67)によって犯行が立証された場合は、自白しない被告人に対し、有罪が立証された事実を告げ自白を促すが、なお自白しないときは、被告人は拷問されることなく有罪判決を受ける(CCC69)<sup>91)</sup>。これに対し、③ 有罪立証に成功しなかった弾劾人が、拷問に必要な適法な徴憑を立証した場合は、被告人の拷問を申し立てることができる(CCC45)。拷問によって得られた自白が、信用性の検証の結果、真実であるときは、これに基づいて被告人は有責判決を受ける(CCC60)。

以上のように、カロリーナにおける弾劾訴訟は、ゲルマン法における弾劾訴訟との共通性に乏しい。特に、弾劾人が被告人の犯行を立証することができない場合においても、犯行の徴憑が立証されるならば、被告人に対し拷問を行うことが可能となる(CCC45)。この場合、カロリーナに明文はないが、弾劾訴訟は糺問訴訟に変化するものと解されたことは<sup>92)</sup>、けだし当然であったと思われる。

カロリーナは、「弾劾が職権による場合は、この種の弾劾において常に弾劾人の氏名とともに、弾劾が官憲及び職権によるものである旨を明示することに留意しなければならない」として、職権による弾劾訴訟を前提とする規定を置いている(CCC88)。カルプツォフによれば、糺問訴訟が稀な地域においては、「裁判官が自ら訴えを提起し、弾劾訴訟において弾劾人と裁判官の役割を同時に果たしていると見られないように」、国庫官による弾劾が行われたようである<sup>93)</sup>。カロリーナは、公的弾劾人の資格など職権による弾劾訴訟の詳細を規定していないが、弾劾訴訟の規定が準用される趣旨と解されている<sup>94)</sup>。

## (2) 糺問訴訟

糺問訴訟<sup>95)</sup>は、「犯行について一般の風評があり、又は信すべき徴憑(glaubwürdige anzeigung)によって犯行を疑われた」ことを根拠として行われる被疑者の逮捕拘禁をもって始まる(CCC6)<sup>96)</sup>。風評及び犯行の嫌疑が糺問の端緒である<sup>97)</sup>。逮捕拘禁された者を直ちに拷問することは許されず、「拷

問を行うに先立ち裁判官は……被逮捕者が行ったという風評及び嫌疑のある犯罪が現に行われたか否かを、慎重に取り調べなければならない」(CCC6)。拷問には、「犯罪が現に行われた」こと、すなわち罪体の確認が求められるのである。

カロリーナでは、犯罪の有無を取り調べる一般糺問と、特定された被告人の有罪・無罪を決定する特別糺問は区別されていない。カロリーナ自ら、「風評及びその他の十分な徴憑が先行しないにもかかわらず、軽率に、憐れむべき者たちが官憲によって逮捕、投獄される」悪弊の廃棄を命じている(CCC218)。風評その他の徴憑の有無を確認する先行的な手続が必要となることは当然であり、カロリーナ以降の学説では、逮捕拘禁によって始まる特別糺問に先行する手続が、一般糺問として、特別糺問から明確に区別されている<sup>98)</sup>。

カロリーナ以前のドイツ刑事訴訟における趨勢から見て、糺問訴訟の実務的な重要性が大きかったにもかかわらず、糺問訴訟に関する明文が乏しいだけでなく、むしろ、弾劾訴訟に関する規定を糺問訴訟に準用する形式が採用されている。すなわち、「死刑相当の犯行が公知であるか、又は死刑相当の犯行に関する適法な徴憑が立証されたときは、拷問及び真実発見に役立つ取調べ並びに犯人の自白に基づく判決(rechtfertigung)については、被弾劾人に関して以下に明確に定めかつ命じられた方式が遵守されなければならない」(CCC8)<sup>99)</sup>、「被拘禁者が、拷問によらず又は拷問によっても犯行を自白しないが、犯行につき有罪を立証(überweisen)しうるときは、犯行の立証及び有罪立証に基づく死刑の判決を行うについて、被弾劾人に関して以下に明確に定める方式が遵守されなければならない」(CCC9)、とする規定がそれである。同じく、カロリーナは、「被害者が刑事弾劾を行わない場合においても、官憲は職権をもって犯人に対し訴訟手続を行い、犯人及び犯行の状況に応じ処罰することができる」と定める(CCC214)。条文上、「正規訴訟(processus ordinarius)」としての弾劾訴訟が主、「特別訴訟(processus extraordinarius)」としての糺問訴訟が従、の外観を呈している<sup>100)</sup>。

## 4 証 拠 法

### (1) 有罪立証

(i) カロリーナは、ローマ・カノン法から法定証拠主義を継受し、有罪判決には、自白又は2名の証人による証明が必要なことを定める<sup>101)</sup>。すなわち、「何びとにせよ刑事罰 (peinliche straff) の最終有罪判決を受けるべきときは、最終有罪判決は、自白又は証明 (beweisung) に基づいて行われなければならない」、「何びとも、何らかの徴憑、疑念、指標又は嫌疑 (anzeigung, argwons, warzeichen, oder verdacht) に基づいて刑事罰の最終有罪判決を受けることがあつてはならず、これらに基づいては専ら拷問のみを行うことができる」(CCC22)。この「証明」とは、「犯行が、真実の知識について供述する、少なくとも2名又3名の信用すべき良き証人によって証明 (beweisen) される」(CCC67) ことをいう。有罪判決には、犯行 (主要事実) に関する直接証拠 (自白又は2名の目撃証人) が必要とされ、徴憑 (間接証拠) による有罪判決は不適法とされる。

(ii) 「信すべき良き証人」すなわち「十分なる証人」とは、「風評のない、又は適法なる理由によって不適格とされない」証人をいう (CCC66)<sup>102)</sup>。具体的には、素性不確かな証人や報酬を受けた証人が、「許容されない (nit zulässig)」証人として例示されている (CCC63, 64)。証人尋問に際して、「証人は、知識の根拠を示して自らの真実の知識に基づいて供述しなければならない。証人が伝聞に基づいて供述するときは、供述は十分なものとみなされてはならない」とされ (CCC65)、証人の供述の方法と、伝聞証拠の証明力の制限が明文化されている。また、証人尋問に際して裁判官は、「証人の供述が動揺変遷するか否か、及びその種の事実に着意し、証人の態度から看取された事柄を記録に留めなければならない」として (CCC71)、証拠評価に影響する態度証拠の取り方を定めている。

## (2) 「徴憑理論」

(i) 拷問を行う要件を詳細かつ具体的に規定している点が(徴憑理論), 従前の刑事手続に対するカロリーナの革新性を示している。まず, 「当該犯行の適法な(redlich) 徴憑が予め存在しかつ証明されていない場合は, 何びとも拷問されてはならない。それにもかかわらず, 拷問によって犯行を自白するときは, 自白は信用されてはならず, 何びとも自白に基づいて有罪とされてはならない」として, 拷問要件としての「適法な徴憑」を挙げ, これに反して得られた自白について, 自白排除を定める(CCC20)。拷問要件としての「十分な(genugsam) 徴憑」はいずれも, 「2名の良き証人」によって証明されなければならないが(CCC23), 「犯行の主要事実(hauptsach) が1名の良き証人によって証明されるときは, 半証明(ein halb beweisung) として十分な徴憑となる」(CCC30)<sup>103)</sup>。

(ii) 徴憑の分類としては<sup>104)</sup>, 各犯罪に共通する一般的徴憑と, 個々の犯罪に特徴的な個別的徴憑が区別される。一般的徴憑は, さらに単独では拷問に足りない徴憑(CCC25, 26)と, 単独で拷問に足る徴憑(CCC29, 30, 32)が区別される。個別的徴憑として, 単独で拷問に足りる徴憑が個々の重要な犯罪類型ごとに示される(CCC33-44)。単独では拷問に足りない徴憑については, それが競合する場合は, 全体として適法な徴憑となりうるか否かを考量すべきこと(CCC27), 拷問を行うに十分であるか否かに疑義がある場合は, 法有識者団に鑑定を依頼すべきこと(CCC28)が定められている。

(iii) 「多くの者が, 無罪であるにもかかわらず, 無知又は驚愕のため, 自らの無罪を主張し立証する方法を申し立てることができない」ことに配慮し, 裁判官は, 拷問を行う場合はそれに先だって被告人に防禦を促すべきであり, 被告人が自己のために証人尋問を申し立てる場合は, 被告人の費用負担においてこれを許さなければならない(CCC47)。

また, 被告人が拷問によって自白した場合は, 被告人が拷問から解放された状態において, さらに慎重に尋問すべき「真実発見に役立つ種々の事項」が, 若干の犯罪類型について示される(CCC48-51)。その他の犯罪に関する

尋問事項は、若干の犯罪類型に示された事項から類推すべきこと、また、一般的な準則として、犯人でなければ知りえない事実（いわゆる「秘密の暴露」）について尋問すべきことが定められている（CCC53）<sup>105)</sup>。

## 5 法定証拠主義

### (1) 法定証拠主義の成立

(i) ローマ法<sup>106)</sup>は本来、証拠の評価を裁判官の裁量に委ねる自由心証主義をとっていた。「ある事実の証明として、どのような証拠がどの程度あれば十分であるかは、十分確定的に述べることはできない。……ある場合には証人の数が、ある場合には証人の地位と権威が、ある場合には一致した風評が問題となっている事柄の証拠となる。……何を信用するか、何が証明されていないかは、自らの確信 (sententia animi) に基づいて判断しなければならない」(D.22,5,3,2) という法文がそれである。

(ii) しかし、ローマ帝政後期には、「証人の数が定められていない場合は、2名で足りる。複数形の表現は2名によってみたされるからである」(D.22,5,12. ウルピアヌス)、という証人の数への言及が現れ、さらに時代が下ると、「いかなる種類の事件においても、裁判官は1名の証人の証言を安易に許容してはならない。……ただ1名の証人の証言は、それが元老院議員という高い身分の者であっても聴かれるべきでない」(C.4,20,8,1. コンスタンティヌス帝勅答)、という証明力に対する明確な法的規制が現れる。帝政後期において証人の数が法定されるに至った事情については、「殺すべき者は二人の証人または三人の口<sup>あかし</sup>に依てこれを殺すべし<sup>より</sup>惟一人の証人の口のみをもて之を殺すことは<sup>なす</sup>為べからず」(申命記 17・6)、「何の悪にもあれ凡てその犯すところの罪は只一人の証人によりて定むべからず二人の証人の口によりまた三人の証人の口によりてその事を定むべし」(申命記 19・15)、「二三の証人の口に由りて、凡ての事の<sup>たし</sup>慥かめられん為なり」(マタイ伝 18・15-17)、「また汝らの<sup>おきて</sup>律法に、二人の証は<sup>あかし</sup>真なりと録されたり」(ヨハネ伝 8・17)等の旧新約聖

書<sup>107)</sup>の影響があったといわれる<sup>108)</sup>。

カノン法においても、聖書のこれらの章句が決定的な影響を与え<sup>109)</sup>、「ある種の事件には2名以上の証人が必要であるが、いかなる事件にせよ、その証言がいかに法に適ったものであろうとも、専ら1名の証人の証言によって決することは正しいことではない」(X.2.20.23 [=グレゴリウス9世教令集第2巻第20編第23章])として、2名の証人による立証の原則が定式化された<sup>110)</sup>。

(iii) 自白に関しては、ローマ法は12表法以来、被告人が自白する場合は原告側は挙証責任を解除され、被告人は有責判決を受けるという原則を採用していた。「自白する者は判決を受けたものとみなされる。いわば、自ら下した判決によって有罪とされるのである」(D.42,2,1. パウルス)、「自白した者は判決を受けた者とみなされる」(D.42,2,6,2. ウルピアヌス)、「裁判上自白した者は判決を受けた者とみなされる」(C.7,59)等の法文がそれである。

カノン法における自白の地位は、「われ汝の口によりて汝を審かん」(ルカ伝19・22)とする聖書の権威によって決定され、「何びとにせよ、有罪を立証されたか、あるいは、自白したのでなければ、これに対し判決をすることはできない」(Nos in quequam C.2 q.1 c.1 [=グラティアヌス教令集第2部第2事例第1設問第1法文])とされた<sup>111)</sup>。また、「自白若しくは適法な証明によって、又は、言い逃れによって隠蔽されることのできない事物の明証性 (evidentia rei)<sup>112)</sup>によって、公知となった罪は、明白である (manifestus) と呼ばれる」と定める法文 (X.5.40.24)、あるいは、「非行が事物の明証性、自白、又はその他適法な方法によって明白な場合」は上訴は許されないと定める法文 (X.2.28.61)においては、自白は、事柄の明白性をもたらす証拠として、最も高度の証明力を意味する事物の明証性と同視されている。

## (2) 法定証拠主義の意義

(i) 2名の目撃証人の証言及び自白は、ローマ・カノン法において最も重要な証拠となり、2名による目撃証言又は自白がなければ有罪にすることができないという法定証拠主義が成立する<sup>113)</sup>。他方、ローマ法上の証明水準



は、「適格性のある証人によって確定され、あるいは明白な文書によって裏付けられ、あるいは証拠として疑いのない、光よりも明白な徴憑によって明らかにされる」ことを要求するものであった(C.4,19,25)。この証明水準はカノン法にも採用されている(Sciant cuncti C.2 q.8 c.2)。このような高度の証明水準の要求をみたすものが、法定証拠主義であった。

ローマ帝政後期に法定証拠主義的な法文が現れてはいるが、同時に自由心証主義がローマ法の伝統であったことも考えあわせるならば、ローマ・カノン法が、断片的ともいえるローマ法の法文、聖書の章句から出発して、裁判官の事実認定を規制する詳細な体系を構築するに至った理由と必要が奈辺にあったのかが問題となる<sup>114)</sup>。特に、この時期において、世俗裁判所が職権による犯罪訴追を自己の責務として自覚しつつあったという事情に照らすならば、世俗裁判所が犯罪訴追を困難にする証拠法を採用した理由は一層問題となるのではあるまいか。また、カロリーナ以前のドイツとは異なり、比較的早期から整備された都市裁判制度の下で学識法曹による裁判が行われていたイタリアにおいて、法定証拠主義が成立した理由もやはり解明される必要があるのではなかろうか<sup>115)</sup>。

(ii) この点が意識的に論じられることは多くないが、法定証拠主義成立の背景として、神判廃止後の裁判ないし証拠法の正統性にかかわる事情が指摘されている。13世紀の伝統志向の宗教的な社会に、「神による裁き」から「人による裁き」へという大きな変革を受容させるためには、法定証拠主義のような厳格な証拠法則が必要であった、という指摘である。2名の目撃証人の一致した証言という疑いのない証拠、又はそもそも証明を不要とする被告人の自白のいずれかがなければ有罪判決は許されないとすることによって初めて、神判に代わる証明手続の正統化が可能になったのであり、法定証拠主義は、2名の目撃証人又は自白という客観的基準を強調することによって、事実認定に対する疑義を排除し、他方、裁判官の主観的な評価と確信に依存するという理由から、情況証拠に基づく事実認定を禁止した、と説かれている<sup>116)</sup>。研究の方向性を指し示す有意義な仮説であろう。

さらに、都市国家内の政争激化を背景に 12 世紀後半以降イタリア諸都市において行われたポDESTA 制 (podestà) と法定証拠主義の成立の関連性も検討の余地があるように思われる。ポDESTA 制の下では、都市外から期限 (通例 1 年) を限って採用された裁判官の職務執行の適法性を審査する査問手続 (Sindikatsverfahren)<sup>117)</sup> が存在した。任期終了後の裁判官は、その職務の適法性について都市側の査問を受け、職務執行に違法がある場合は民刑事の責任を追及された<sup>118)</sup>。したがって、裁判官は、職務執行の適法性について疑義が生じた場合は任期終了後の査問手続に備えて法学者の助言を受けておくことが必須であった<sup>119)</sup>。この法学者の助言は、通説すなわち「註釈 (die Glosse)、学者の一致した見解、少なくとも最も著名な権威者が採用する見解」に基づいてなされたのであり、十分な根拠なく通説あるいは有力な見解と異なる見解をとることは、法学者としての名声を危険に曝すことにもなった<sup>120)</sup>。このような学識者による助言活動は、客観的な規範の提示という形式をとることによって、ローマ・カノン証拠法が個々の証拠類型の証明力を客観的に定める法定証拠主義へと向かう政治的・制度的な背景となったのではなかろうか<sup>121)</sup>。

(iii) 法定証拠主義の成立過程は不明な点が多いが、法定証拠主義はその硬直性と謙抑性によって、刑事手続の職権主義化と合理化を可能にし、官憲による事実認定と裁判の正統性を根拠付けることに寄与した、と見ることは可能であろう。他方、法定証拠主義は、自白がなければ、密行された犯罪の処罰が不可能となる証拠法則であり<sup>122)</sup>、法定証拠主義の下で犯罪訴追が可能となるためには、拷問が刑事訴訟制度の一部となる必要があった<sup>123)</sup>。拷問が廃止されるためには、2 名の証人による完全証明に基づかない有罪判決を可能にする実務と理論が出現する必要があった<sup>124)</sup>、といわれるのもこの点に関連する。拷問を規制する徴憑理論が、ローマ・カノン法の大きなテーマとなり、また近世ドイツ刑事手続法に対するカロリーナの大きな寄与とされるのはそのためである。

注

- 65) C. Güterbock, *Die Entstehungsgeschichte der Carolina*, 1876, S. 18 ff.
- 66) Schünke, *a. a. O.*, 168; Schmidt, *Sinn und Bedeutung*, S. 186.
- 67) シュバルツェンベルク及びバンベルゲンシスの立法趣旨については、米山浩二「カロリーナの刑事手続き」一橋研究年報・法学研究 9 (1975 年) 172 頁以下参照。
- 68) バンベルゲンシス 273 条が、「皇帝法及び本裁判令に反する、犯人の 7 名断罪手續及びその他の濫用、並びにすべての旧刑事裁判令は、その新旧を問わず、これをもって廃止するものとする」と定めたのはその象徴である。
- 69) Schmidt, *Einführung*, S. 130.
- 70) Schmidt, *Einführung*, S. 131.
- 71) Trusen, *Strafprozeß*, S. 112.
- 72) カロリーナの諸規定の詳細な検討として、米山・前掲 181 頁以下参照。
- 73) テキストは、“daß alle peinlich mit Richtern, vrtheylern vnd gerichtßschreibern, versehen vnd besetzt werden sollen, von frommen, erbarn, verstendigen vnd verfarnen personen, so tugentlichst vnd best die selbigen nach gelegenheyt jedes orts gehabt und zubekommen sein”である。Gobler, *op. cit.*, cap. 1 はイタリック部分を, “iudicia omnia publica & poenalia Praetoribus, iudicibus & scribis prouideri atque constitui, tam integris, probis, honestis & prudentibus uiris, aptis atque idoneis, quam loci cuiusque oaccasio & commoditas subministrare possit”と解する。疑問もあるが、これに従う。
- 74) J. Brunnemann, *Tractatus iuridicus de inquisitionis processu*, ed. quarta, 1666, cap. 3, n. 47. また, B. Carpzov, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, ed. quinta, 1665, q. 116, n. 18 et seq. も同様の事情を指摘する。
- 75) E. Boehm, *Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozeß im Barockzeitalter*, ZStW, Bd. 59, 1940, S. 388.
- 76) A. Stölzel, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, Bd. 1, 1888, S. 25, 28.  
 もっとも、ローマ・カノン法の実質的な証拠法を前提とするカロリーナにおいて、判決作成は法有識者団に留保されているが、裁判官は証人尋問、拷問を含む被告人尋問等の訴訟手続を自ら指揮する役割を付与されている。したがって、カロリーナにおける参審人は、裁判官とともに判決の評議を行い (CCC81)、最終裁判期日において旧来の「判決発見人」としての役割を与えられるが (CCC92, 93)、その役割は縮小ないし形式化している。
- 77) Stölzel, *a. a. O.*, S. 26 f. Brunnemann, *op. cit.*, cap. 5, n. 8 は、飲酒に起因する犯罪を取り締まるべき裁判権者が、地区のビール・ワインの独占的販売権を有する事例を挙げている。

- 78) F. J. Kühns, *Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg*, Bd. 1, 1865, S. 284 ff; Stölzel, *a. a. O.*, S. 27 ff. また、「今日、委譲の〔正当な〕理由が存在しない場合であっても、領主裁判権を売却し質入し、したがって委譲することも可能である」ということが、1730年の著作においてなお指摘されている。Vide J. P. Kress, *Commentatio succincta in Constitutionem criminalem Caroli V. Imperatoris*, 1730, art. 2, §. 6.
- 79) Carpzov, *op. cit.*, q. 116, n. 11 et seqq.
- 80) J. Oldekop, *Observationes criminales practicae*, 1685, tit. 1, obs. 7, n. 11によれば、法有識者団への一件記録送付に言及する箇所は57に上る。
- 81) 「刑事裁判権を直接に有する官憲」を、F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina)*, 2000, S. 197は「当該裁判所に対し裁判高権を有する官憲」と註解し、Remus, *op. cit.*, cap. 7は、「領邦君主又は代理者」とラテン語訳している。
- 上述のように、領邦国家の裁判官には、①領邦君主の任命する裁判官、都市参事会が任命する裁判官と、②領主裁判権者でもある裁判官（又は領主裁判権者が任命する裁判官）がある。鑑定依頼との関係では、①の領邦君主の裁判官は領邦君主又はその司法官房に、②の裁判官はその他の法有識者団に鑑定を求めることになる。Vgl. A. Hegler, *Die praktische Thätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts*, 1899, S. 2 f.
- 82) 刑事裁判令 219 条は、刑事裁判権をめぐる皇帝・領邦君主と都市・領主裁判権者との間の利益対立を調整する意味合いを持つ規定であった。Cf. J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968, p. 198.
- 83) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 181.
- 84) G. Baumgärtel, *Die Gutachter-und Urteilstätigkeit der Erlanger Juristenfakultät in dem ersten Jahrhundert ihres Bestehens*, 1962, S. 13.
- 85) Kress, *op. cit.*, art. 219, §. 2(3). すでに、Carpzov, *op. cit.*, q. 116, n. 22は、1名の法有識者の鑑定によるべきではないと述べていた。
- 86) 参審人制度は、一般自由民の裁判協力義務を軽減するために、カール大帝によって導入された制度である。職務に継続的に従事するために一定の家産を有する名望家が任命された。ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲 174 頁参照。
- 87) Kress, *op. cit.*, art. 219, §. 1 は、カロリーナ 219 条の“Oberhof”について、「領邦君主がそこへの上訴、鑑定依頼を許した参審人会、裁判官、都市参事会」と註解する。Vgl. D. Werkmüller, “Oberhof” in: *HRG*, Bd. 3, 1984, Sp. 1134.
- 88) Wieacker, *a. a. O.*, S. 112 ff., 179 ff.
- 89) S. F. Boehmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis, ed. quarta*, 1749, sect. 1, cap. 42, §. 273.

- 90) Hegler, *a. a. O.*, S. 1, 6.
- 91) 既に有罪が立証された被告人の自白を促す手続は不要ではないか。この点について, Langbein, *Prosecuting*, p. 157 は, 非専門家によって構成される裁判所が的確な証拠評価を行うことは困難であるために, カロリーナは, 証拠評価の労を省くことができる被告人の自白を促すべきことを定めている, と解している。
- 92) Brunnemann, *op. cit.*, cap. 1, n. 21 は, 「諸法学者の受容命題 (recepta sententia)」であるとする。Carpzov, *op. cit.*, q. 107, n. 60 は, その根拠づけとして, 「正規訴訟において被告人の身体に何らかの方法で苦痛を与えることは, 法に定められていない。したがって, 被告人が拷問を受けるのであれば, 訴訟は糾問訴訟とならざるをえない」と述べている。
- これに対し, Trusen, *Strafprozeß*, S. 114, 116 は, 拷問は弾劾人による徹憑の立証と申立てに基づいて行われるのであるから, 中世ゲルマン法における弾劾訴訟とは異なり実体的真実主義に服するが, 拷問によって弾劾訴訟としての性格に変化は生じないとする。中世的な弾劾訴訟においても, 非自由人等の雪冤権を有しない被告人が神判に服することを強制されたことを考えるならば, 被告人に拷問を科すことと弾劾訴訟は両立しようといえるかもしれない。しかし, 当事者対等であった自由人たる被告人の場合, 弾劾訴訟は拷問が行われることによって変質すると考えるべきでなかろうか。
- 93) Carpzov, *op. cit.*, q. 104, n. 6, 7.
- 94) Biener, *a. a. O.*, S. 142. なお, vgl. A. Schoetensack, *Der Strafprozeß der Carolina*, 1904, S. 27.
- 95) カノン法上の糾問訴訟は, 不正の風評のある上級聖職者に対し事実解明を行う職権手続としてイノケンティウス 3 世によって導入された訴訟手続である。1215 年のラテラン公会議の第 8 決議は, 高位聖職者が「不当に罰せられることのないように」, また, 高位聖職者が「恣に罪を犯すことのないように」, 次のような「相応しい薬」が用いられるべきであるとして, 「頭格刑, すなわち僧籍剥奪に連なる刑事弾劾は, 予め適法な訴追登録がなされなければ, 許容されない。しかし, ある聖職者に対し不正の風評があり, もはや一般の憤激を招くことなく無視しえない, あるいは危険を招くことなく放置しえないほどに, 一般の非難の声が高まったときは, 逡巡することなく……不正の糾問, 処罰が行われなければならない (criminalis accusatio, quae ad diminutionem capitis, id est degradationem, intenditur, nisi legitima praecedat inscriptio, nullatenus admittatur. Sed quum super excessibus suis quisquam fuerit infamatus, ita ut iam clamor ascendat, qui diutius sine scandalo dissimulari non possit vel sine perculio tolerari: absque dubitationis scrupulo ad inquirendum et puniendum eius excessus...procedatur)」と定め, 糾問訴訟を弾劾訴訟と並ぶ訴訟手続として認知した (X. 5. 1. 24 [=グレゴリウス 9 世教令集第 5 巻第 1 編第 24 章])。

なお、カノン法の法文は、*Corpus iuris canonici*, editio Lipsiensis secunda, pars prior: Decretum Magistri Gratiani, 1879; pars secunda: Decretalium collectiones, 1881 を使用した。

糺問訴訟導入以前には、風評のある聖職者に雪冤宣誓を命ずる風評手続が存在したが（注 22 参照）、風評手続に比較するならば、職権による真実解明を可能にした糺問訴訟は革新的であったといえる。Cf. P. Fournier, *Les officialités au moyen âge — Étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, 1880, p. 267 et seqq. (堀浩訳「フールニエ『フランス中世カノン法訴訟制度要説』(2)」神戸法学雑誌 23 巻 1・2 号〔1973 年〕97 頁以下。以下、巻号・頁数で表記する); M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, 2000, S. 245. カノン法において形成された糺問訴訟手続がイタリアの世俗裁判所における糺問訴訟実務に影響を与えたことについては、Biener, a. a. O., S. 91; Trusen, *Inquisitionsprozess*, S. 220.

なお、ヨハネ伝 8・11-12 には「イエス……言ひ給ふ『をんなよ、汝を訴へるにたる者どもは何処にをるぞ、汝を罪する者なきか』女いふ『主よ、誰もなし』イエス言ひ給ふ『われも汝を罪せじ、往け、この後ふたたび罪を犯すな』」という章句があり、聖書における本来の訴訟手続は弾劾訴訟であると観念されていた (cf. Carpzov, *op. cit.*, q. 107, n. 16)。カノン法が、弾劾訴訟の一種と位置づけることで糺問訴訟を正当化しようとしたのはそのためであろう。その例として、「教会裁判所は罪人の過ちを明らかにすべきであるが、弾劾人と裁判官は同一人であってはならない。しかし〔風評がある場合は〕、風評が〔犯人を〕訴追し、非難の声が〔犯人を〕告発しているのであるから、弾劾人においてなすべき事柄は果たされていることになる (canonica districtio culpam ferat delinquentis, non tamen sit idem actor et iudex, sed, quasi deferente fama vel denunciante clamore, officii sui debitum exsequatur)」(X.5.1. 17)。

96) むろん、文書又は口頭による召喚という場合もありえた (Brunnemann, *op. cit.*, cap. 8, memb., 1, n. 4)。

97) カノン法上の糺問訴訟は本来、風評を開始要件とするものであった。カロリーナは、「信すべき徴憑」にまで糺問訴訟開始の要件を拡大したことになる。これに対し、バンベルゲンシス 10 条は、「弾劾人がない場合」における「風評のある事件 (berichtig vbeltat)」について逮捕拘禁を定めるにとどまる。

なお、弾劾適格のない未成年、婦女子、下僕であっても、告発 (delatio) によって、「徴憑」を提供することが可能となる (S. F. Boehmer, *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam*, 1770, art. 6, §. 4)。

98) Brunnemann, *op. cit.*, cap. 2, n. 4 は、両者の目的の差異として、「一般糺問は、専

ら風評の出所、風評のある犯罪が実際に行われたか否かを知るために、裁判官による証拠収集として行われる。他方、特別糾問は、犯罪が行われたことが確定した後、その犯罪について正当な刑罰を科すために、誰が犯人であることを明らかにする目的で行われる」ことを挙げる。

- 99) テキストは, “Item so die missethat eyner todtstraff halben kündtlich, oder aber deßhalb redlich anzeygung, wie dauon vor berürt ist, erfunden wirdt, So soll es der peinlichen frag vnd aller erkundigung halben, so zu erfindung der warheyt dinstlich ist, auch mit rechtfertigung auff das thetters bekennen, gehalten werden, wie klerlich hernach von den jehnen die auff anleger einbracht werden, geschriben vnd geordnet ist” である。4種の英仏羅訳はそれぞれ異なるが, Remus, *op. cit.*, cap.8の羅訳がテキストに比較的忠実と思われるので, 基本的にはこれに従う。“Si de delicto, quod capitis supplicum mereatur, constet, & (vt loquuntur) notorium sit, aut eius indubitata indicia probata sunt: is modus in quaestionibus, & aliarum rerum, quae ad inustigandam facti veritatem, & conuincendum reum spectabunt, seruari debet, qui verò ordo, & progressus in iis, qui accusatorem inscriptum nacti sunt, seruandus, paulò post adnotabitur.”
- 100) この点について, Biener, *a. a. O.*, S.158 は, 職権による弾劾訴訟も可能であったため, 糾問訴訟の実際的な必要性は乏しかったと解している。
- 101) もっとも, Brunnenmeister, *a. a. O.*, S.222 は, カロリーナの母法であるバンベルゲンシスは, 直接イタリアの著作から学んだのではなく, すでにローマ・カノン法の影響を受けていたニュールンベルク改革法典(1479年), ウォルムス改革法典(1499年), 『訴訟法鑑』(1436年)に学んだものであろうとする。
- 102) 証人の不適格事由については, Brunnemann, *op. cit.*, cap.8, memb., 2, n.17.
- 103) R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd.1, 1925, S.210; G. Radbruch/A. Kaufmann (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 4. Aufl., 1975, S.17 は, 拷問に必要とされる徴憑がもたらす嫌疑の程度は今日ならば有罪判決に十分な程度であったとするが, F.-Chr. Schroeder, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.: F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), Die Carolina*, 1986, S.329 は, 今日ならば未決勾留の嫌疑の程度で拷問が行われたとする。
- 104) 徴憑の分類については, Brunnemann, *op. cit.*, cap.8, memb., 5, n.2 et seqq.
- 105) 裁判所は, 任意になされた自白についても, その信用性を検証すべきものとされている(CCC54)。
- 106) ローマ法の法文は, H. Hulot et al., *Corps de droit civil romain en latin et francais*, 14 tomes, 1803–11 を使用した。
- 107) 聖書からの引用章句は, 日本聖書協会『舊新約聖書』(1981年)による。
- 108) Lévy, *op. cit.*, p.12 (上口訳・南山法学12巻1号〔1988年〕91頁)。

- 109) C. Groß, *Die Beweistheorie im canonischen Prozeß*, 2. Teil. 1880, S. 292.
- 110) Groß, *a. a. O.*, 2. Teil, S. 293 は、2 名証人の原則は、「完全証明・半完全証明・4 分の 1 証明・8 分の 1 証明」という数量的な証拠評価の出発点になったものだという。
- 111) C. Groß, *Die Beweistheorie im canonischen Prozeß*, 1. Teil, 1867, S. 96 は、カノン法において、自白は、証拠としての意義に加えて、改悛及び積極的な服罪としての意義を与えられたとする。
- 112) Lévy, *op. cit.*, p. 43 は、「万人の目に現れるもの、すなわち、否定することができないような事実の明証性を帯びるもの (Quod exhibet et offert se oculis omnium, id est quod ita habet facti evidentiam quod non potest negari)」という、カノン法学者テウトニクス (Johannes Teutonicus) の定義を挙げる (上口訳・南山法学 12 巻 2・3 号 [1988 年] 29 頁参照)。
- 113) Fournier, *op. cit.*, p. 177, 193 (塙訳・神戸法学雑誌 22 巻 3・4 号 [1973 年] 105, 115 頁)。もっとも、Lévy, *op. cit.*, p. 7 et seqq. (上口訳・南山法学 12 巻 1 号 [1988 年] 88 頁以下) は、ローマ・カノン法において法定証拠主義は実質的に採用されていたが、法定証拠主義への言及がみられるのは 16 世紀以降のことであるとする。
- 114) 形式的な証拠法則と裁判官の心証の関係については、法定証拠主義は、裁判官の判断を排除するものではなく、誤りうる人間の判断と一般的規則とを競合的に用いることによって、判決と真実との一致を担保しようとする制度であり、有罪判決を下す裁判官は形式的な証拠法則をみただけではなく、被告人の有罪を確信することを求められた、という Schmoeckel, *a. a. O.*, S. 193, 289 の指摘がある。Groß, *a. a. O.*, 1. Teil, S. 127 が、法定証拠主義は、「個々の証拠原因の重要性をいわば等級付けるような精密な証拠規則」というよりは、「証拠評価における裁判官の裁量を拘束する、一部は一般的で一部はごく個別的な明確な諸規範」である、と述べるのもほぼ同じ趣旨であろう。また、Lévy, *op. cit.*, p. 28 (上口訳・南山法学 12 巻 1 号 [1988 年] 91 頁) は、ローマ・カノン法において、裁判官の確信が証明の目的であったことを指摘する。
- 115) 他方、非専門家によって構成された裁判所における恣意的な刑事手続に直面し、これを改革することを意図したカロリーナが、イタリア法学において既に完成されていた法定証拠主義を、裁判所の恣意的な証拠評価を規制するために採用したのだとすれば、それ自体了解可能な歴史的事実であるといえよう。
- 116) J. H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, 1976, p. 6. また、*op. cit.*, p. 55 は、「当時成長しつつあった比較的脆弱な政府」は新たな裁判手続の正統性を示す必要があったとする。

法定証拠主義の意義・目的は神判廃止後の証明手続の正統性を根拠付けることにあったとする仮説は、決闘や雪冤宣誓の廃止についても類推可能であろう。決闘は



被告人が自力によって有罪・無罪を決める方法であり、宣誓補助者を必要とする雪冤宣誓は共同体（ジッペ）における被告人の評価あるいは被告人の地位によって有罪・無罪が決まる方法である。ともに有罪・無罪の立証に被告人が主体的にかかわり、また被告人の社会的属性が決定的な意味を持つ証明手続であり、少なくとも雪冤宣誓をなしうる被告人から見る限り、権利と観念することが可能な証明手続である。このような証明手続の可能性を被告人から奪うためには、客観的で確実な証明手続であって、被告人も受け入れざるをえない証明手続が必要とされたであろう。そのような正統性のある証明手続として、ローマ法と聖書に根拠を持つ2名証人の原則がふさわしかったのではあるまいか。

- 117) 裁判官及び官吏の在任中の職務義務違反、民刑事責任を基礎付ける作為・不作為を審判する手続であり、査問裁判所が職権で、かつ民事訴訟手続に拘束されることなく、審理・判決を行った。また、何びとも査問裁判所に対し裁判官及び官吏の不法行為を問責することが許された。Vgl. W. Engelmann, *Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, 1938, S. 468, 514.

たとえば拷問に関連して、P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, vol. 2, 1954, pag. 180 e segg. は、① 違法に拷問を命じた裁判官について、バルドゥスを含む法学者は死刑相当としたが、多くの都市条例は高額な罰金刑を定めるにとどまった、② 拷問によって被告人が死亡した場合は死刑、死亡しなかった場合はタリオ刑としての拷問刑又は特別刑を主張した法学者もあり、タリオ刑として拷問刑を科した都市条例の例もあった、とする。また、J. Clarus, *Sententiarum receptarum liber quintus*, 1568, q. 64, versi. Antequam は、違法に拷問を命じた裁判官は死刑相当とする法学者の共通意見は実務では受容されず、被告人が死亡しなかった場合は通例特別刑が科されるが、ナポリ王国では、違法に拷問を命じた裁判官は2年間の投獄及び財産3分の1の没収を科されると述べている。

- 118) Schmoeckel, *a. a. O.*, S. 249 f. は、規則に縛られず裁量によって判断する素人（富裕市民、小売商、職人）による中世ドイツの参審人裁判の特徴として、「裁判官の法的知識の欠如は、事件が複雑でない限り、商人としての専門知識と衡平に基づく裁判によって補われた。これに対し、参審人は法的知識の欠如を当然に免責されたから、参審人を法規で拘束することはできなかったが、裁判官〔＝参審人〕が法規によって拘束されないことは、都市との強固な結び付きによって埋め合わせられた」と述べた上で、ポデスタ制の下での裁判官について、「〔外部から期限を限って採用された〕裁判官を検証可能な規則で拘束し、その違反を査問手続によって責任追及する」ことに官憲が関心を持ったのである、という事情を指摘する。

- 119) Engelmann, *a. a. O.*, S. 255.

- 120) G. Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, S. 80.

- 121) Groß, *a. a. O.*, 1. Teil, S. 12 は、カノン法について、「証拠評価における裁判官の

完全な自由が積極的法定証拠主義に変化した要因」として、① 既に古典期後のローマ法に見られた法定証拠主義の萌芽の「学問化」が進み、一般的原則の発見が志向された、② この時代の学問の方法は、「裁判官の裁量が決定的である場合についても、裁判官の判断を規制すべき規則を定立することを志向するスコラ的方法」であった、③ このようにして定立された規則は、カノン法立法者によって採用された、という事情を指摘している。このような事情もまた、法定証拠主義成立の背景を説明する一個の事情といえるのではなかろうか。

- 122) Carpozov, *op. cit.*, q. 117, n. 1 et seq. は、この間の事情について、「自白を拒み、かつ適法かつ十分な証拠によって有罪を立証することができない場合であっても、被告人は直ちに放免されるべきではない。犯罪が処罰され、犯罪者が社会から除かれることは国家の重大な関心事であり、あらゆる方法によって真実が解明されなければならない。そして、真実は、拷問によって最も適切に解明されうるものであり、また現に解明されてもいる」と述べている。
- 123) Schmoeckel, *a. a. O.*, S. 250 は、証拠が乏しい上に、その証拠の自由な評価も法定証拠主義によって禁じられていたために、裁判官は、明白な証拠よりも被告人による自己負罪を偏好することになったとする。
- 124) Cf. Langbein, *Torture*, p. 45 ff. ラングビーンは、16 世紀から 18 世紀にかけて証拠法革命があり、嫌疑刑が許容されるようになってはじめて、拷問廃止が可能になったのであり、拷問廃止を啓蒙主義の成果と見るのはお伽噺だとする。これに対しては、嫌疑刑は 13 世紀以降知られていたとする立場から、Schmoeckel, *a. a. O.*, S. 300 ff., 358 ff., 504 ff. による批判がある。

## む す び

ゲルマン法の弾劾訴訟からローマ・カノン法の糺問訴訟に至るドイツ中近世刑事訴訟史を概観した。被害者訴追原理と形式的証拠法に立脚する弾劾訴訟から、職権主義と実体的真実主義に導かれる糺問訴訟への変化は、要した長い時間を考慮しても、非常に鮮やかな大きな変化であった。ドイツ刑事訴訟はその後、18 世紀の拷問の禁止、法定証拠主義の廃棄によって再び大きな変容を遂げる。しかし、糺問訴訟を特徴付ける職権主義と実体的真実主義は揺らぐことなく、19 世紀中葉、フランス法の影響下に成立した「改革された刑事訴訟」の時代を経て、現在のドイツ刑事訴訟においても堅持されて

いる。

我が国の刑事訴訟法は、戦後、1946年憲法を通してアメリカ法の影響を受けた。アメリカ法を特徴付ける当事者主義を取り入れ、旧刑事訴訟法から大きく変わったが、旧刑事訴訟法の基礎となったドイツ刑事訴訟法の影響はなお強いといってよい。我が国の刑事訴訟法の現状を認識し、長期的な方向性を構想する上で、職権主義と実体的真実主義を生んだドイツ糺問訴訟の歴史を振り返ることは何らかの示唆を与えるように思われる。